

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017

Ponente: Martínez Arrieta, Andrés.

Nº de Sentencia: 396/2018

Nº de Recurso: 2194/2017

Jurisdicción: PENAL

El TS establece que cualquier contacto corporal in consentido con ánimo libidinoso es delito de abuso sexual

ABUSOS SEXUALES. Doctrina superada. El tocamiento momentáneo in consentido con significación sexual es constitutivo de un delito de abuso sexual. A pesar del cambio de doctrina, se dicta sentencia absolutoria al resultar los hechos probados insuficientes para aplicar el tipo de abuso sexual pretendido, pues no se aprecian los elementos subjetivos del delito. Imposibilidad de convertir en sede casacional una sentencia absolutoria en condenatoria, al no poderse modificar los hechos probados.

El TS confirma la sentencia absolutoria por delito de abusos sexuales y cambia de doctrina respecto al elemento subjetivo del tipo.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 396/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 26 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la acusación particular de **Dña. Manuela**, representada por el procurador D. Alejandro Buiza Medina y defendido por el letrado D. Joaquín Emilio Martínez Suárez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 18 de julio de 2017, siendo también parte el Ministerio Fiscal; como parte recurrida D. Antonio representado por la procuradora Dña. Cristina Bajo Herrera, y defendido por el letrado D. Miguel Pino Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha 18 de julio de 2017, dictó sentencia en la Apelación núm. 848/2017, procedente del Juicio rápido núm. 313/2016 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba, contiene los siguientes **ANTECEDENTES DE HECHO:** PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites, por el Ilmo. Sr.

Magistrado-Juez de lo Penal nº 4 de Córdoba se dictó sentencia con fecha 25/4/2017, en la que constan los siguientes Hechos Probados: sobre las 15:00 horas del día 15 de agosto de 2016, el acusado, Antonio, se encontraba en el bar AA de Villaviciosa (Córdoba), donde también se encontraba con su marido y otros amigos, Manuela. La referida fue al baño en un momento dado, siendo seguida por el ahora acusado. Una vez allí, el acusado insistía en abrirle la puerta y acceder al interior con ella, a lo que se negó la Sra. Manuela. Al intentar coger la llave del servicio de señoras, la rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura.

SEGUNDO.- En la expresada sentencia consta el siguiente FALLO: Que debo absolver y absuelvo a Antonio del delito de abuso sexual por el que había sido acusado; sin costas.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de Manuela, que fue admitido a trámite; y puesta de manifiesto la causa a las demás partes personadas, por el Ministerio Fiscal se opuso al citado recurso.

CUARTO.- Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera, formándose el correspondiente rollo de apelación.

HECHOS PROBADOS.- Se aceptan íntegramente los hechos probados de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha 18 de julio de 2017 dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Hernández Martín-More, que lo es en estos autos de doña Manuela contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba en el presente juicio, declarando de oficio las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra ella, cabe recurso de casación por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, que deberá prepararse ante esta Audiencia dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Concuera bien y fielmente con su original al que me remito y para que así conste, extendiendo y firmo el presente testimonio en Córdoba, a dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Dña. Manuela como acusación particular**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRELIMINAR.- El Ministerio Fiscal y la acusación particular formularon acusación contra Antonio, por la comisión de un delito de abusos sexuales. la sentencia dictada en la instancia consideró que los hechos podían ser constitutivos de una falta de vejación injusta del art. 620.2 CP y dictó sentencia absolutoria. La representación de la acusación particular recurrió en apelación alegando que los hechos declarados probados contenían los elementos caracterizadores del delito de abusos sexuales. La Audiencia, manifestando que el apartado fáctico de la sentencia era inamovible, desestimó el recurso.

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim. , por indebida inaplicación del art. 181 CP.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim. , por indebida inaplicación del art. 16.1 CP

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim. , indebida aplicación del art. 172.3 CP.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 27 de junio de 2018 se señala el presente recurso para fallo para el día 17 de julio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba dictó sentencia el 25 de abril de 2017, absolviendo a Antonio del delito de abuso sexual por el que había sido acusado, y ello tras declarar probado los siguientes hechos: «*Sobre las 15:00 horas del día 15 de agosto de 2016 el acusado, Antonio, se encontraba en el bar AA de Villaviciosa (Córdoba), donde también se encontraba con su marido y otros amigos, Manuela. La referida fue al baño en un momento dado, siendo seguida por el ahora acusado. Una vez allí, el acusado insistía en abrirle la puerta y acceder al interior con ella, a lo que se negó la Sra. Manuela. Al intentar coger la llave del servicio de señoras, la rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura*».

El Juez de lo Penal, de conformidad con la sentencia citada, no consideró que la conducta del acusado fuera lo suficientemente grave para fundar una condena penal por un delito de abuso sexual, tratándose de un tocamiento momentáneo en el que no apreciaba un carácter libidinoso de cierta entidad y permanencia, tal y como exigía el anterior delito. Los hechos, según el citado órgano, sí hubieran podido ser constitutivos de una falta de vejación injusta, pero esta infracción había sido despenalizada a la fecha de los hechos.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de la acusación particular, que fue íntegramente desestimado por la sentencia de 18 de julio de 2017 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba , que confirmó la absolución acordada en primera instancia.

Para el órgano de apelación, inamovible el apartado fáctico de la sentencia, incluida la fugacidad de los actos que se atribuían al acusado, no existía un delito de abuso sexual, reiterando, como lo había hecho el Juez de lo Penal, la despenalización de la vejación injusta salvo en los supuestos del artículo 173.4 CP , lo que no era el caso.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba fue recurrida en casación por infracción de ley por la misma representación que la recurrió en apelación, con base en la nueva regulación del recurso de casación introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre , de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

El recurso de casación interpuesto se articula en tres motivos. Todos ellos se amparan en el artículo 849.1 LECRIM , denunciándose, respectivamente, la infracción de los artículos 181 , 16.1 y 172.3 CP.

Dada la íntima conexión entre todos los motivos, los analizaremos conjuntamente.

SEGUNDO.- La recurrente entiende, en primer lugar, que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 181 CP.

Según el recurso, este tipo delictivo no requiere, como exige la sentencia recurrida, una conducta prolongada o reiterada del sujeto activo, ni que el hecho o la conducta de este último sea persistente o altere la vida de la víctima. Según el tenor literal del precepto, un solo tocamiento, si es in consentido, puede ser suficiente para la consumación del tipo delictivo; resultando que en el supuesto de autos se trata de un tocamiento en el pecho y en la cintura. Se alega además que los hechos se producen en un contexto en el que el acusado pretende entrar al servicio de señoras, de forma injustificada y con la expresa oposición de la recurrente, llegando incluso a arrebatarle la llave. Dicho contexto indica claramente, según el recurso, la intención libidinoso de la conducta.

En segundo lugar, para la parte recurrente, ha quedado acreditado, de conformidad con la prueba testifical practicada, que fue la intervención de una tercera persona la que evitó que la conducta típica no fuera más prolongada e intensa, por lo que, cuanto menos, sería de aplicación el art. 16 del C.P.

Por último y en tercer lugar, se alega en el recurso que la argumentación del órgano de instancia, según la cual, la conducta -al ser constitutiva de una vejación injusta- estaría despenalizada, choca frontalmente con la doctrina de esta Sala, que ha establecido que conductas como las de autos han de ser subsumidas en el art. 172.3 C.P.

TERCERO.- A la vista de las alegaciones expuestas, el recurso de casación debe ser desestimado.

1. El hecho de que el pronunciamiento cuestionado sea absolutorio exige hacer una primera consideración.

De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- *la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción*. La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito.

Recuerdan las SSTS 892/2016, 25 de noviembre , 421/2016, 18 de mayo , 22/2016, 27 de enero , 146/2014, 14 de febrero , 122/2014, 24 de febrero , 1014/2013, 12 de diciembre , 517/2013, 17 de junio , 400/2013, 16 de mayo , etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril , entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE , es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril , lo siguiente: «(...) *también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediatez si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (STC 126/2012, de 18 de junio , FJ 4)».*

Tal ampliación, continúa el Tribunal Constitucional, «era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto *Marcos Barrios c. España*, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto *García Hernández c. España*, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto *Valbuena Redondo c. España*, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*, § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, y de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España* (§§ 41 a 46)».

2. En el marco expuesto, que impone *la absoluta necesidad de respetar el hecho probado, que ha de mantenerse incólume, como presupuesto indispensable para la revocación en esta instancia de un pronunciamiento absolutorio, el recurso, como hemos adelantado, debe ser desestimado, confirmándose en consecuencia la sentencia recurrida*.

En efecto, a la vista de la *factum* de la resolución recurrida hemos de concluir que no se expresan en él con la suficiente claridad los datos fácticos precisos para concluir la existencia de un delito de abuso sexual.

De conformidad con la Jurisprudencia de esta Sala -STS 345/2018, de 11 de julio , con cita de otras- el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este *elemento objetivo*, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el

sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el *subjetivo o tendencial* que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

Pues bien en el caso de autos, los hechos probados se limitan a declarar que el acusado, al intentar coger las llaves, rozó momentáneamente a la recurrente en la zona del pecho y de la cintura; lo que es insuficiente, como hemos dicho, para aplicar el tipo de abuso sexual pretendido por la parte recurrente. *Para fundamentar un condena por este último delito, esta Sala tendría que «completar» o «desarrollar» el factum de la sentencia recurrida, valorando elementos o bien expuestos en los fundamentos de derecho de la resolución recurrida o bien derivados de la prueba practicada.* Solo así podría inferir con la claridad necesaria, por un lado, la naturaleza sexual del comportamiento del recurrente y, por otro, y fundamentalmente, la concurrencia del requisito subjetivo o tendencial al que también hemos hecho referencia con anterioridad; algo que, de acuerdo con la jurisprudencia citada y dada la naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, *está vedado en esta instancia para revocar un pronunciamiento absolutorio como el de autos.*

Porque, cuando por la vía del apartado primero del artículo 849.1 LECrim, como el caso, se postula la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para ello siempre que partamos de la observancia del *factum* de la resolución, que ha de permitir un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria; lo que, de conformidad con lo expuesto, no es el caso de autos.

Por las mismas razones no es posible, como también pretende la recurrente, apreciar un delito de abuso sexual en grado de tentativa, el cual de forma patente no se describe en el *factum* de la resolución recurrida.

Instaba la recurrente, por último, que los hechos probados fueran subsumidos en el delito de coacciones leves del artículo 172.3 CP.

Esta pretensión también ha de ser desestimada.

En primer lugar ha de serlo porque es en esta instancia la primera vez que se solicita la condena del acusado por esta infracción penal, por lo que la estimación del recurso en este extremo supondría una modificación inaceptable del título de imputación.

En segundo lugar, y en cualquier caso, porque de constar en el *factum* de la resolución recurrida, con la claridad necesaria, *la naturaleza sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP.*

La sentencia de esta Sala a la que alude la recurrente en su recurso y que podría apoyar esta última calificación, se enmarca en una línea jurisprudencial que ha de considerarse superada en el siguiente sentido.

Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena. Cabe destacar en este sentido que el delito de abuso sexual del artículo 181 CP, de conformidad con dicho precepto, puede ser castigado con pena privativa de libertad o con pena de multa 18 a 24 meses.

En definitiva, el recurso debe ser desestimado, confirmándose la absolución acordada.

CUARTO.- Desestimado el recurso, se imponen las costas a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **Dña. Manuela como acusación particular**, contra sentencia dictada el día 18 de julio de 2017, en la apelación núm. 848/2017, procedente del Juicio rápido núm. 313/2016 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba en la causa seguida por un delito de abuso sexual.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta

Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro

Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet